مجموعة

بحوث فقهية

الدكتور
عبد الكريم زيدان
الأستاذ بكلية الآداب - جامعة بغداد

مكتبة القدس — مؤسسة الرسالة

مجموعة

بحوث فقهية

الدكتور
عبد الكريم زيدان

مكتبة القدس   مؤسسة الرسالة



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

مكتبة القدس: شارع المتنبي - هاتف: ٨٠٥٧٦
ص.ب: ١١٣٩٦ - بغداد - العراق

مجموعة

بحوث فقهية

١ ـ الشريعة الاسلامية والقانون الدولي العام

٢ ـ حقوق الافراد في دار الاسلام

٣ ـ حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية

٣ ـ الايمان بالقضاء والقدر وأثره في سلوك الانسان

٥ ـ أثر القصود في التصرفات والعقود

٦ ـ الخلاف في الشريعة الاسلامية

٧ ـ اللقطة واحكامها في الشريعة الاسلامية

٨ ـ احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية

٩ ـ العقوبة في الشريعة الاسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين .

وبعد فهذه بحوث يجمعها – على اختلاف مواضيعها – جامع البحث في ظل معاني الشريعة الاسلامية ، ولهذا سميتها (مجموعة بحوث فقهية) آملا أن ينتفع بها الناس ويعرفوا بعض ما احتواه الاسلام ، دين الله الخالد ، من معان وأحكام والله أسأل أن يوفقني الى خدمة دينه وهو حسبي ونعم الوكيل .

بغداد في ١/رمضان /١٣٩٥ هـ
٧/٩/١٩٧٥ – م

الدكتور عبد الكريم زيدان

البحث الخامس

أثــر
القصود في التصرفات والعقود

اثر القصود في التصرفات والعقود

تمهيـد :

١ ـ القصد هو النية ، والنية لها مقام عظيم في الشريعـة الاسلامية ، فهي مناط الثواب في الآخرة ، وعلى أساسها يكون العمل مرضيا عند الله او مردودا على صاحبه وان كان في ظاهره صالحـا مستوفيا شروط الصحة . جاء في الحديث الصحيح عن سيدنا عمـر ابن الخطاب رضي الله عنه انه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليـه » . فهـذا الحديث صريح في الدلالة على ان الانسـان ليس لـه من عملـه الا ما نواه وقصـده ، فان كان قصده مرضاة الله وطاعته واتباع شرعـه فهو المثـاب على عملـه ، وان كـان قصده من عملـه تحصيـل مطلـب دنيـوي من مال او جاه او ثناء او امرأة فليس لـه مـن عمله الا ما قصده ولا ثواب له في الآخرة وان كان عملـه في الظاهر صالحا مشروعا ، شأنه في ذلك شأن الذي هاجر الى المدينة ليلحق

بأم قيس ويظفر بها ويتزوجها • فليس له من هجرته الا ام قيس ولا ثواب له في الآخرة •

وفي الحديث الصحيح عن ابي موسى الاشعري رضي الله عنه قال : سئل رسول الله عليه وسلم عن الرجل يقاتل شجاعة ، ويقاتل حمية ويقاتل رياء ، أي ذلك في سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله » ففي هذا الحديث اكبر الدلالة على ان العمل المرضي عند الله المثاب عليه صاحبه هو ما كان القصد منه مرضاة الله ، فان كان القصد غير ذلك فهو العمل المردود الذي لا ثواب فيه وان كان قتالا يضحي فيه الانسان بحياته وينتفع منه المسلمون •

٢ ـ والمباح يصير بالقصد الحسن قربة يثاب عليها المسلم ، فمن تعلم فنون القتال ونيته اعداد نفسه للجهاد آثيب على ذلك • يؤيد هذا ما جاء في الحديث الشريف « ان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة ••••• وفيه : وصانعه يحتسب في صنعته الاجر » •

٣ ـ والفعل الواحد تتغير صفته من حل وحرمة باختلاف نية صاحبه وقصده منه ، مثل الذبح يكون القصد منه الانتفاع بلحم الذبيحة فيكون مباحا ، ويكون القصد منه التقرب لله بالتصدق بلحم الذبيحة فيكون قربة كما في الأضحية،ويكون القصد منه تعظيم ما سوى الله تعالى فيكون حراما •• ومثل اللقطة يكون القصد من التقاطها حفظها لمالكها وردها اليه فيكون الالتقاط مباحا والملتقط امينا واللقطة امانة ويكون القصد من التقاطها تملكها وعدم ردها الى صاحبها فيكون

لالتقاط حراما والملتقط غاصبا واللقطة مضمونة عنده مطلقا

والنظر الى المرأة الاجنبية يكون حلالا جائزا اذا كان القصد منه الرغبة في نكاحها بدليل الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمغيرة بن شعبة عندما خطب امرأة : انظرت اليها ؟ قال لا ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » . ويكون النظر اليها حراما اذا كان القصد منه التلذذ بالنظر الى محاسنها واشباع شهوته ، قال تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى لهم ان اللـه خبير بما يصنعون » .

وامساك الزوجة احب الى اللـه تعالى من تسريحها اذا كان القصد من امساكها ابقاء الرابطة الزوجية والقيام بحقوقها ، ويحرم الامساك اذا كان بقصد الاضرار بالمرأة واطالة عدتها ، قال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

والزواج سنة من سنن الاسلام ولكنه لا يجوز اذا كان القصد منه مضارة الزوجة او ظلمها او الكيد لاهلها .

٤ ــ ومن جميع ما تقدم يتبين لنا اهمية النية في الشريعة الاسلامية ، وانها مناط الثواب والعقاب ووصف الشيء بالحل والحرمة .

اما تأثير النية في تصرفات الانسان وعقوده في الدنيا فهذا ما نبينه في الفقرات التالية بعد بيان تعريف العقد والتصرف .

٥ ــ العقد في اللغة يطلق على الشد والجمع بين اطراف الشيء وربطها كما يأتي بمعنى احكام الشيء وتقويته .

وفي الاصطلاح الفقهي ـ كما جاء في مرشد الحيران ـ عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد الطرفين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه (١) ، وقال آخرون في تعريفه للعقد ربط بين كلامين او ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي ، فالعقد إذن ، ينشأ بين طرفين ويستلزم ارادتين تتفقان على احداث أثر قانوني .

اما التصرف فهو كل فعل او قول ينشيء التزاما او ينتج أثراً شرعيا ، وهو نوعان تصرف فعلي كالغصب او الاستيلاء على المال المباح ، وتصرف قولي مثل الطلاق والبيع ، والتصرف القولي نوعان : الاول ينشأ عن ارتباط ارادتين وهذا هو العقد ، والثاني ينشأ بارادة واحدة ، وهذا هو التصرف بالارادة المنفردة ، والتصرف القولي اعم من العقد لان العقد لا يقوم الا بارتباط ارادتين ، بينما التصرف منه ما لا يتم الا بارادتين ومنه ما يتم بارادة منفردة ، ولكن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية يستعمل كلمة « العقد ويريد به معنى التصرف القولي ، ولا يقصره على المعنى الخاص للعقد من ذلك قول الامام ابن تيمية » وكذلك عقود الواهبين والموصين ونحوهم مما يقصد بها التقرب الى الله تعالى وكذلك عقود الحالفين والناذرين ونحوهم (٢) .

ومع هذا فالافضل قصر استعمال لفظ « العقد » على معناه

(١) مرشد الحيران تأليف محمد قدري باشا ، المادة ١٦٨ .

(٢) العقود لابن تيمية ص ١٨ وما بعدها . انظر ايضا استعمالات كلمة العقد بمعنى التصرف القولي : اللباب للميداني ج ٣ ص ١٢٨ . واحكام القرآن للجصاص ص ٣٦٠ ، وتفسير القرطبي ج ٦ ص ٣٢ .

الخاص ؛ واستعمال لفظ التصرف القولي بمعناه العام الذي قدمناه وهو يشمل العقد والتصرف الانفرادي .

٦ — وعلى كل حال فالارادة هي الاساس في تكوين العقد او التصرف ؛ ولكن الارادة امر باطني لا يمكن الوقوف عليه فلا تصلح لانشاء العقد والتصرف وهي بهذه الصفة من الاستتار والخفاء . ولهذا قال الفقهاء من طلق في نفسه لم يلزمه طلاقه (٣) ؛ أي من نوى الطلاق لم يقع طلاقه (٤) . فلا بد من لفظ او ما يقوم مقامه يعبر عن الارادة الباطنة ويكشفها وهو ما يسمى بالارادة الظاهرة او الايجاب والقبول او صيغة العقد ؛ وبارتباط الايجاب بالقبول ينشأ العقد وبصدور الايجاب وحده ينشأ التصرف الانفرادي ؛ وهذا كله اذا ما تحققت الشروط المطلوبة لانعقاد العقد او التصرف وصحته .

أثر القصد في التصرف والعقد :

٧ — ولكن هل يكون أساس ترتيب الاحكام والآثار ، واعطاء وصف الصحة والبطلان للتصرفات والعقود هو ظاهر القول الذي انشأها دون التفات الى ما ورائه من نية باطنة وقصد خفي وباعث مستتر دفع الى انشاء هذا التصرف أو العقد ؛ أم يكون الاساس فيما قلناه هو النية الباطنية والقصد الخفي والباعث المستتر دون ظاهر القول ، كما في عقد النكاح بقصد التحليل ؛ او عقد البيع بقصد التوصل الى الربا ، فهل نحكم ببطلان النكاح والبيع باعتبار ان الباعث عليهما والمقصود منهما امر محرم ، ام نحكم بصحة العقدين باعتبار أن ظاهرهما صحيح ؟ هذا هو موضوع البحث .

---

(٣) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٨ — ١٩٩ .
(٤) المغني لابن قدامة ج٧ ص ١٢١ . والمهذب للشيرازي ج٢ ص ٨٥ .

٨ ــ والواقع ان الفقهاء مختلفون في مسألة القصود ومدى تأثيرها في صحة التصرفات والعقود فمنهم من اعتبرها ولم يكتف بالظاهر ، ومنهم من اهدرها واكتفى بالظاهر . ومنهم من توسط بين هذا وذاك ، فلابد من ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة وبيان الراجح منها .

أولا مذهب الشافعية :

٩ ــ يقول الامام الشافعي : « اصل ما اذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم ابطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين واجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت النية لوظهرت كانت تفسد البيع » (٥) لان النية والباعث من احاديث النفس ، وقد وضع الاسلام عن الناس ما حدثوا به انفسهم كما ان المرء قد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله (٦) . والنية بعد هذا وذاك امر غيبي والباعث أمر خفي والاغراض مستترة ، وكل هذا من الغيب الذي لا يعلمه الا الله . وما كلفنا بعلم الغيب والحكم بموجبه ، وانما كلفنا بما نعلمه من ظواهر الامور والحكم بمقتضاها . فمدار الاحكام عند الامام الشافعي على الظاهر ، فنحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر . ويستدل الامام الشافعي لمذهبه بالكتاب والسنة ، اما الكتاب فقد اخبر بان المنافقين في الدرك الاسفل من النار ومع هذا امر الله رسوله صلى الله عليه وسلم بان يعاملهم على ما اظهروا من اسلام لا على ما ابطنوا من كفر . واما السنة،فقد جاء في الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «انما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من

(٥) الام الشافعي ج ٣ ص ٦٥ .
(٦) الام الشافعي ج ٥ ص ٧١ .

بعض فأقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار » ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف ان الحكم على الناس انما يجيء على نحو ما يسمع الحاكم منهم مما لفظوا به وان كان يمكن ان تكون نياتهم وبواعثهم على التصرف غير ذلك • ودلالة اخرى في هذا الحديث انه لا يحل لحاكم ان يحكم على احد الا بما لفظ ، لا يقضي عليه بشيء مما غيب الله تعالى عنه أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : على نحو ما أسمع (٧) •

ويضيف الامام الشافعي الى ما تقدم ان الحكم على خلاف الظاهر واخذ الناس على خلاف ما يظهرون تشبثا بالنية والباعث ، أمر مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم لان الله تعالى استأثر بعلم الغيب ، ومن يحكم بخلاف الظاهر يدعي علمه ، ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بما سمع ، واخبر ان قد يكون قصدهم وباطنهم على غير ظاهرهم (٨) هذا خلاصة مذهب الشافعي رحمه الله تعالى ، ينظر الى الظاهر ويهدر البواعث والنيات ولا يأخذ بها الا اذا ظهرت وانكشفت بلفظ يذكر في العقد • وعلى اساس هذا الرأي ذهب الامام الشافعي الى صحة نكاح المحلل • والمحلل هو الذي يتزوج المطلقة ثلاثة بعد انقضاء عدتها لا بقصد اتخاذها زوجة يسكن اليها وانما بقصد احلالها لمطلقها الاول بأن يطلقها حتى اذا ما انقضت عدتها جاز لها الرجوع الى مطلقها الاول بعقد جديد ومهر جديد ، وصحة

---

(٧) الام للشافعي ج ٦ ص ٢٠٢ •

(٨) المرجع السابق ، واعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٠ •

نكاح المحلل عند الشافعي سواء كانت نيته ونيتها الاحلال أو كانت نيته هو فقط الاحلال ، وفي طلاق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها بائنا ، قال لا ترثه الزوجة لان الطلاق البائن يرفع النكاح ويمنع التوارث ولا عبرة بما يقال من انه قصد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث ، لان الطلاق البائن اذا ما صدر من أهله وصادف محله استلزم حكمه ومنع التوارث بين الزوجين ، وبيوع الآجال عنده صحيحة ، فمن باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها من مبتاعها بثمن أقل من الثمن الاول نقدا ، فالبيع صحيح لان البيع الثاني غير البيع الاول وقد استوفى شروطه المطلوبة ولا عبرة بالقول بأنه قصد الربا واتخذ البيع وسيلة له ، لان حمل الناس على التهم وأخذهم بالظنون لا يجوز(٩) .

ثانيا ــ مذهب الظاهرية (١٠) :

١٠ ــ يقوم هذا المذهب على دعامتين ، الاولى ترك الرأي

---

(٩) الام الشافعي ج ٣ ص ٣٢ ، ٦٩ .

(١٠) يعتبر المذهب الظاهري وليد المذهب الشافعي ، فالمذهب الشافعي ، لا يأخذ الا بالنصوص أو بالحمل على النصوص ، أما المذهب الظاهري فلا يأخذ الا بالنصوص دون تعرف على علتها ليقاس عليها غيرها وقد ظهر هذا المذهب في القرن الثالث الهجري ، وكان أول من نادى به داود بن علي الذي كان أول أمره شافعيا في الفقه ثم اتجه اتجاها جديدا هو الوقوف عند النصوص فقط كما قلنا . وأشهر من نصر المذهب الظاهري ودعمه بالادلة والحجج القوية الفقيه المشهور ابن حزم الاندلسي ، وله كتاب ضخم في الفقه يسمى « المحلى » ذكر فيه مذهب الظاهرية في المسائل الفقهية المختلفة . ومما يؤاخذ عليه الفقيه ابن حزم في كتابه المذكور خشونة قوله وغلظته مع مخالفيه في الرأي ومع هذا فللامام ابن حزم فضله الذي يذكر ولا ينكر وسعة علمه واطلاعه على السنة النبوية . وكتابه المحلى لا يستغني عنه من يريد الوقوف على المذاهب الاسلامية المختلفة ولا سيما المذهب الظاهري .

والقياس جملة واحدة والثانية الوقوف عند ظواهر النصوص ــ نصوص القرآن والسنة ــ فليس غير النص مستندا في هذا المذهب .
والمطلع على ماقرره فقهاء الظاهرية من احكام في مسائل الفقه يترجح عنده انهم لم يأخذوا بالبواعث والقصود ، وانما اجروا عقود الناس وتصرفاتهم على ظاهرها دون النفات الى نية مستورة او باعث خفي ، من ذلك :

أ ــ نكاح المحلل : عندهم جائز وصحيح ، وقد بينا المقصود بهذا النكاح فلا نعيده .

ب ــ طلاق المريض ، عندهم : كطلاق الصحيح : فاذا طلق زوجته المدخول بها بائنا في مرض موته ومات في عدتها أو بعد عدتها فلا ترثه ولا عبرة بما قصده من حرمانها الميراث .

ج ــ نكاح المريض مرض الموت صحيح ويقع به التوارث بين الزوجين خلافا للامام مالك الذي يتهمه بقصد ادخال وارث جديد على الورثة ومن ثم يبطل نكاحه .

د ــ اقرار المريض مرض الموت لوارثه بدين . الاصل عند الظاهرية في تصرفات مرض الموت في امواله انه فيها كالصحيح ، وعلى هذا قرروا صحة اقراره بدين لوارثة او محاباته ببيع ونحوه، ولم يأخذوا باحتمال قصد المريض ايثار الوارث بمنفعة او مال دون بقية الورثة . ويحتجون بان هذه التصرفات صحيحة من الصحيح فتصح من المريض اذ لا نص يفرق بينهما وما كان ربك نسيا .

ويلاحظ هنا ان الظاهرية ابطلوا بيع كل شيء ينبذ او يعصر ممن يوقن انه يعمله خمرا ، وابطلوا بيع السلاح او الخيل ممن يوقن انه يعدو بها على المسلمين واشباه هذه البيوع ، مما يبدو لاول وهلة انهم

يأخذون بالقصود وينظرون اليها . ولكن الحقيقة غير ذلك . فهم يبطلون هذه التصرفات لانها من قبيل التعاون على الاثم والعدوان ، والله تعالى يقول(وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) ولهذا قالوا في هذه البيوع التي ذكرناها ان لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لانه ليس فيه اعانة على اثم ، فاذا عصى المشتري ربه تعالى بعد ذلك بان استعمل ما اشتراه فيما يحرم ولا يحل فاثمه عليه لا على البائع .

ومن هذا كله يتجلى لنا ان مذهب الظاهرية كمذهب الشافعي في اهدار القصود والبواعث وعدم الالتفات عليها عند وصف التصرفات والعقود بالصحة والبطلان .

ثالثا ــ مذهب المالكية :

١١ ــ مذهب المالكية يعتبر مقابلا لمذهب الشافعية في مسألة القصود . فهو يعتبرها خلافا للشافعية . ولا يكتفي بالنظر الى ظاهر التصرف والعقد ليقول بصحتها او بطلانها ، بل ينظر الى القصد والباعث والغرض المستتر وراء انشاء التصرف والعقد ، وهذا واضح من الاحكام المقررة في الفقه المالكي ، ومن هذه الاحكام على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي :

اولا ــ بيوع الآجال : كمن يبيع سلعة بعشرة نسيئة ويعود ويشتريها من مبتاعها بخمسة نقدا ، فظاهر البيع سليم ولكن المالكية قالوا ببطلانه لان القصد منه الاقراض بربا وبهذا صرح فقهاء المالكية ، ومنهم الفقيه ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، فقد علل بطلان هذه البيوع بان قصد المتابعين ليس البيع بذاته وانما هو الاقراض بالربا وهذا نص كلامه : « واما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال .....

فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وابو ثور يجوز • فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في اكثر منها الى آجل وهو الربا المنهي عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها الى المحرم » (١١) •

ثانيا ــ هدية المدين الى الدائن: جاء في المدونة الكبرى قال مالك لا يصلح ان يقبل منه هدية« أي لا يقبل الدائن هدية من مدينه» الا ان يكون رجلا كان ذلك بينهما معروفا وهو يعلم ان هديته ليس لمكان دينه فلا بأس (١٢) • فهذا القول من الامام مالك يدل بوضوح انه اعتبر القصد في هذه المسألة ولاحظ احتمال قصد سيء عند المدين في اهدائه هدية للدائن بان يؤخر دينه فيكون الاهداء بمنزلة الربا وهذا لا يجوز • ولهذا اذا انتفى هذا الاحتمال جاز الاهداء ، ومن قرائن هذا الانتفاء جريان عادة التهادي بينهما من قبل مع علم المدين من نفسه ان هديته للدائن ليست لكونه مدينا له •

ثالثا ــ طلاق المريض: اذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقا بائنا ، فالطلاق واقع باتفاق ، اما ميراثها من مطلقها اذا مات قبلها ففيه اختلاف :

قال الشافعي والظاهرية لا ترث • وقال ابو حنفية ترثه اذا مات في عدتها • وقال الامام احمد بن حنبل ترثه في العدة وبعدها ، ما لم تتزوج • وقال الامام مالك ترثه في العدة وبعدها ، تزوجت او لم تتزوج

(١١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١١٧ ــ ١١٨ •
(١٢) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٧١ •

لانه قصد حرمانها من الميراث بطلاقها بائنا . فلا بد من رد القصد السيء عليه بتوريثها منه ، فلا معنى لاشتراط موته في عدتها او عدم زواجها بعد وفاته لامكان توريثها منه . والحق ان حجة الامام مالك قوية جدا فما دام المقصود رفع الظلم عن المرأة ورد القصد السيء على المطلق بتوريثها منه فيجب القول بتوريثها مطلقا اذا مات قبلها دون اي شرط آخر . ورأي الامام مالك في هذه المسألة يظهره على رأس القائلين باعتبار القصود والبواعث . اما اذا طلقها طلاقا بائنا في مرض الموت ولم يكن قد دخل بها ، فقد قال ابو حنيفة وهو المروي عن احمد بن حنبل بانها لاترث ، بالرغم من قولهما بالتوريث بالنسبة للمطلقة المدخول بها كما قلنا . اما الامام مالك فقد طرد اصله وظل على منهجه في ملاحظة القصود والبواعث فقال بتوريثها أيضاً (١٣) .

رابعا ــ نكاح المريض مرض الموت :

قد يتزوج المريض مرض الموت ، فما حكم هذا الزواج ؟ وهل هو صحيح ويجري فيه التوارث بين الزوجين ؟ قال الجمهور ، ابو حنيفة والشافعي وأحمد وغيرهم ، النكاح صحيح ويجري به التوارث بين الزوجين . وعند المالكية لايصح ولا يجري فيه التوارث فقد جاء في المدونة عن الامام مالك « قلت ، أرأيت لو أن رجلا نكح امرأة في مرضه ثم طلقها ثم مات من مرضه ذلك . قال مالك لا يقر على نكاحه ولا ميراث لها » (١٤) فالامام مالك لا يرى صحة نكاح المريض مرض الموت لاتهامه إياه بسوء القصد وهو إدخال وارث على الورثة . ومن

---

(١٣) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٣٢ ،تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج ١ ص ٢٧ .

(١٤) المدونة الكبرى ج ٢ ص١٣٣ .

المقرر عند المالكية ان النكاح يكون فاسدا لا توارث فيه بين الزوجين اذا كان احدهما مريضا مرض الموت ــ او كما يعبر المالكية مرضا مخوفا ــ عند العقد • بل ذهب بعض المالكية الى مدى بعيد جدا في اعتبار القصد والباعث ، فذهب هذا البعض منهم الى فساد نكاح الذمية اذا تزوجها المسلم في مرض الموت مخافة ان يكون قصده الحاق الضرر بالورثة بان تسلم الذمية فتكون وارثة • وقول هؤلاء في هذه المسألة لا نظير له في المذاهب الاسلامية على ما اعلم ، وهو على كل حال يدل بوضوح على عظيم اهتمام المالكية بالباعث والقصد في التصرفات والعقود •

خامسا ــ نكاح المحلل :

وهو باطل عند الامام مالك ولا يجوز له المقام على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا اذا رغب في البقاء مع زوجته ، وعدم اقراره على نكاحها هذا سواء دخل بها او لم يدخل وسواء شرط التحليل في العقد او نواه فقط ، ففي جميع الحالات يبطل النكاح ولا تترتب عليه آثاره الشرعية •

سادسا ــ اقرار المريض مرض الموت لوارثه :

مذهب الامام مالك في هذه المسألة يقوم على اساس ملاحظة القصد فاذا قامت القرينة على سوء قصده فالاقرار غير صحيح واذا لم تقم القرينة على ذلك ولم يتهم المريض في اقراره بقصد محاباة المقر له ، فالاقرار صحيح فمن كان له بنت وابن عم فاقر لابنته بدين لم يقبل منه هذا الاقرار لوجود التهمة فيه ، ولو أقر لابن عمه بذلك فاقراره صحيح مقبول لانه لايتهم في هذا الاقرار بان يزوي ابنته ويقصد الاضرار بها ومحاباة ابن عمه ، وحيث ان منع الاقرار هو احتمال القصد السيء والتهمة فيه فيجب ان يختص المنع بموضعه • ومسلك الامام

مالك هذا مسلك جيد ومرن وهو خلاف مسلك غيره الآخذين بالقصد كالحنابلة فهؤلاء جعلوا الاقرار للوارث قرينة لا تقبل العكس على وجود القصدالسيء عند المقر ومن ثم لم يعتبروه محتجين بان القصد اثر خفي لا يمكن التثبت منه فاعتبرت مظنته وهو الارث أي كون المقر له وارثا •

والخلاصة فان مذهب المالكية اعتبار النيات والبواعث والقصود في تصرفات الانسان وعقوده وعدم الوقوف عند الشروط الظاهرة لنشوئها •

رابعا ـ مذهب الحنابلة :

يمكن معرفة اتجاه مذهب الحنابلة في مسألة القصود من الاحكام التي قرروها في المسائل الفرعية التي بحثوها ، ونذكر منها ما يأتي :

أ ـ بيع الامانه : وصورته ان يتفق البائع والمشتري على ان البائع اذا رد الثمن الى المشتري ، أعاد اليه الأخير المبيع وان للمشتري قبل رد الثمن الانتفاع بالمبيع بنفسه او بأجازته للغير • فهذا البيع الباطل عند الحنابلة لان الباعث عليه تحصيل الربا باعطاء دارهم الى اجل ، والانتفاع بالمبيع هو الربا ، فهو في المعنى قرض بعوض ، وعلى هذا يجب رد المبيع الى البائع وان ينزل من الثمن المردود ماقبضه المشتري من بدل اجرته للمبيع ، وان كان المشتري هو الذي انتفع بالمبيع كدار سكنها ، حسب عليه اجر المثل وتحصل المقاصة بقدره ويرد الباقي من الثمن الى المشتري (١٥) •

وهذا الحكم صريح في الدلالة على ان الحنابلة يعتبرون القصد

---

(١٥) كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٢ ص٥ .

والباعث ، فقد ابطلوا البيع بالرغم من صحة ظاهره لان القصد منه الربا ، والربا محرم لا يجوز •

ب ـ بيوع الاجال : وقد مر معناها . والحنابلة يبطلونها لانها عندهم من الحيل المحرمة التي يقصد بها الوصول الى ما حرمه الله تعالى والحيل كلها محرمة غير جائزة لان الباعث عليها الوصول الى المحرم او اسقاط واجب او دفع حق وكل ذلك لا يجوز • وقالوا ايضا في التعليل ان الله تعالى انما حرم المحرمات لمفسدتها ، وهذه المفسدة لا تزول وان ظهرت بصورة صحيحة من حيث الظاهر مع بقاء معناها الفاسد الخبيث •

جـ ـ الاقرار لوارث في مرض الموت: لايعتبر مثل هذا الاقرار لاتهام المقر بالقصد السيء وهو محاباة المقر له . ولكن اذا اجازه بقية الورثة اعتبر الاقرار لان عدم قبوله لوحظ فيه حقهم فاذا تنازلوا عنه كان لهم ذلك فيصح الاقرار ويعتبر •

د ـ طلاق المريض مرض الموت: من طلق زوجته المدخول بها في مرض موته طلاقا بائنا ثم مات قبلها فعند الحنابلة ترثه سواء مات في عدتها او بعد عدتها ما لم تتزوج • وان لم تكن مدخولا بها فلا ترث • فالحنابلة في هذه المسألة اخذوا بالقصد والباعث في حالة تطليقها في مرض الموت طلاقا بائنا اذا كانت مدخولا بها . ولم يأخذوا بالقصد والباعث ان لم تكن مدخولا بها ، ولكن بعض الحنابلة ورثها ايضا في هذه الحالة (١٦) •

---

(١٦) المغني ج ٦ ص٣٣١ ـ ٣٣٢ .

هـ ـ نكاح المريض مرض الموت : قال الحنابلة بصحته وجريان التوارث به ، فهم لم يعتبروا القصد والباعث في هذا النكاح خلافا للامام مالك .

و ـ نكاح المحلل : عند الحنابلة اذا عقد النكاح وكان الباعث عليه التحليل فالنكاح باطل سواء شرط في العقد التحليل او لم يشرط ما دام قصد الرجل وباعثه على النكاح تحليلها لمطلقها الاول بان يتزوجها ويطلقها ، وسواء علمت المرأة او وليها او مطلقها بذلك او لم يعلموا . واذا اراد المحلل البقاء على نكاحه لم يكن له ذلك لان نكاحه وقع فاسدا بقصده السيء فلا يرتفع الفساد بتغير قصده وانما باستئناف عقد نكاح جديد . ولو طلقها المحلل بعد ان دخل بها فرجعت الى مطلقها الاول بعد انقضاء عدتها بعقد جديد فرق بينهما (١٧) .

والخلاصة ان الاتجاه الغالب في المذهب الحنبلي الاخذ بالبواعث والقصود وعدم الوقوف عند حد الظاهر من التصرفات والعقود .

١٣ ـ رأي شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية :

ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقيهان كبيران معروفان في عالم الفقه ، وهما وان وصلا الى مرتبة الاجتهاد المطلق الا انهما مع هذا يعتبران من المنتسبين الى مدرسة الفقه الحنبلي لانهما تفقها على اصول المذهب الحنبلي ونهجا نهجه ونفذا الى لبه وعرفا دقائقه واتجاهاته وفرعا على اصوله الخصبة ، كما ان اقوالهما ـ لا سيما اقوال شيخ الاسلام ابن تيمية ـ مأخوذة في المذهب الحنبلي كما نجد هذا في كشاف القناع مثلا . ولهذا كان بيان رأيهما في مسألة القصود متمما لمعرفة اتجاه المذهب الحنبلي بجملته في هذه المسألة .

---

(١٧) كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ ص٥١ ، شرح المنتهي للبهوتي الحنبلي ج ٣ ص٧١ اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص٤ ـ ٦ .

وخلاصة رأي هذين الفقهين ، ان النيات والاغراض والبواعث لا يجوز اغفالها ولا اهدارها بل لا بد من ملاحظتها والاعتداد بها وبناء الاحكام على اساسها ؛ لان القاعدة في الشريعة الاسلامية التي لا يجوز اغفالها ان المقاصد معتبرة في التصرفات كما هي معتبرة في العبادات فالقصد يجعل الشيء حلالا او حراما ؛ صحيحا او فاسدا ودلائل هذه القاعدة كثيرة ، منها قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » وقوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا » فهذا نص في ان الرجعة انما تثبت لمن قصد الصلاح دون الضرار . وقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار » فاذا اوصى ضرارا كان ذلك حراما وكان للورثة ابطاله وحرم على الموصى له اخذه بدون رضاهم . وفي الحديث الشريف « انما الاعمال بالنيات ... الخ » . فهذا الحديث اصل في ابطال الاحتيال والوصول الى المحرمات والاغراض الفاسدة والمقاصد الباطلة بالوسائل التي ظاهرها الحل والصحة ، فان من يبيع سلعة بعشرين نسيئة ثم يشتريها بعشر نقدا انما يقصد بعمله اقراضه عشرة بعشرين وهذا هو الربا بعينه وان اتخذ ظاهر البيع وسيلة الى مقصوده المحرم ،وقد روى ان رجلا باع من رجل حريرة بمائة الى اجل ثم اشتراها منه بخمسين نقدا فسئل ابن عباس رضي الله عنه عنهما عن ذلك فقال : دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة (١٨) .

١٤ ـ خامسا : مذهب الحنفية :

الاتجاه الغالب في فقه الحنفية الاخذ بالظاهر وما تدل عليه

---

(١٨) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص٢٢ وما بعدها. اعلام الموقعين لابن القيم ج٣ ص٨٤ .

ألفاظ العاقدين دون التفات الى النيات والبواعث، وان كان في المذهب الحنفي بعض الاحكام التي لوحظ فيها مقاصد المتعاقدين وبواعثهم على التصرف ، وعلى هذا يمكن اعتبار هذا المذهب وسطا بين الآخذين بالقصود وبين التاركين لها ، وان كان ميله الى الاخذ بالظاهر اظهر • وهذا كله يتضح من الاحكام التي قرروها في المسائل الفقهية الفرعية ، ومنها :

أ ـ بيع العصير لمن يتخذه خمرا: قرروا ان لا بأس بهذا البيع ، وليس على البائع ان لا يبيعه الا لمن يوقن انه لا يصيره خمرا ، لان العصير حلال فبيعه حلال كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ممن ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري بها (١٩) • فهذا منهم تمسك بالظاهر وعدم اعتبار القصد والباعث •

ب ـ نكـــاح المحلـــل : عند الحنفية النكاح صحيح ولا عبرة بالباعث عليه ، فسواء نوى المحلل التحليل او نواه هو والمرأة فالنكاح صحيح ، ويعللون ذلك بأن مجرد النية والقصد في المعاملات غير معتبر فيقع النكاح صحيحا لاستجماعه شرائط الصحة •

وجوز الحنفية بيع العينة مع ان الباعث عليه التوصل الى الربا ، ثم ان بعض فقهاء الحنفية كرهه ، فالامام محمد بن الحسن الشيباني كرهه وكان يقول عنه : هذا البيع في قلبي منه كأمثال الجبال ذميـــم ، اخترعه اكلة الربا ، ولكن هذا القول المؤثر من الامام محمد لم يمنـــع من اجازته وتسويغه ولو مع الكراهية (٢٠) •

---

(١٩) مختصر الطحاوى لابي جعفر الطحاوي ص٢٨٠ .

(٢٠) الملكية ونظرية العقد للشيخ الجليـــل محمد ابـــو زهـــرة ص ٢١٣ ـ ٢١٤ •

ج ـ **طلاق المريض مرض الموت :** وقد مر معناه ، عند الحنفية ترث به الزوجة المدخول بها اذا مات المطلق في عدتها ، ويبدو ان الحنفية ذهبوا الى هذا لقضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه به بمحضر من الصحابة ويقولون لم ينكر عليه احد فكان اجماعا ، فالاجماع هو اساس قولهم وليس مرده ملاحظة القصد والباعث (٢١) .

د ـ **اقرار المريض بدين لوارثه :** لا يصح عندهم الا ان يصدقه فيه بقية الورثة ، وحجتهم اتهامه بالقصد السيء اي بمحاباة احد الورثة، فاذا صدقه بقية الورثة انتفى هذا الاتهام فيصح الاقرار (٢٢). فالحنفية هنا أخذوا بالقصد والباعث .

١٥ ـ مناقشة الاقوال وبيان الراجح منها :

تحصل عندنا من عرض الاقوال السابقة للمذاهب الاسلامية التي وقفت عليها وذكرتها ان هنالك اتجاهين في الفقه الاسلامي في مسألة القصود ومدى تأثيرها في التصرفات والعقود ، اتجاه باعتبارها واتجاه باهمالها ، فأي الاتجاهين اقرب الى الصواب واولى بالقبول ؟

الواقع ان الجواب على هذا التساؤل يظهر بعد مناقشة هذه الاقوال .

١٦ ـ مناقشة القائلين باهدار البواعث والقصود :

اولا ـ اعتبار البواعث والقصود وترتيب الاحكام على اساسها لا يعني ان الاحكام تبنى على اساس الظنون المجردة او الاهواء والاوهام او على اشياء مغيبة مجهولة ، فالقائلون بالقصود لا يقولون بهذا وانما يعتبرون القصود اذا ظهرت وانكشفت اما اذا لم تظهر ولم تنكشف فالحكم يكون على ظاهر الالفاظ والعبارات المكونة للعقود والتصرفات . وعلى هذا فبناء الحكم على قصد قد ظهر

---

(٢١) الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ ـ ١٥١ .

(٢٢) الهداية وفتح القدير ج ٧ ص ٨ ـ ١٠ .

ولم تنكشف فالحكم يكون على ظاهر الالفاظ والعبارات المكـونـة للعقود والتصرفات • وعلـى هـذا فبناء الحكم علـى قصد قد ظهر يكون بناء على ظاهر معلوم لا على مغيب مجهول •

ثانيا — الالفاظ انما اعتبرت لدلالتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقييد اللفظ به وكان تكييف العقـد علـى اساسه (٢٣) • وانكشاف القصد وظهور الباعث لا يتوقفان على اللفظ ولا ينحصران به ، بل قد يكون ظهور القصد وانكشافه بدلالة الحال او بالقرائن المقبولة ، فلانرى وجها سائغا لحصر انكشاف القصد باللفظ كمايقول الامام الشافعي رحمه الله تعالى • فدلالة الحالة وسيلة صالحة لانكشاف القصد وظهور الباعث ، وعلى هذا دلت السنة النبويـــة المطهرة ، فقد روى الامام البخاري في صحيحه عن ابي حميد الساعدي قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا على صدقـات بني سليم يدعى ابن اللتبية ، فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي ،فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيأتي فيقول هذا لكم وهذا لي فهلا جلس في بيت ابيه وامه فينظر أيهدى له ام لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته •••• الخ (٢٤) •

ففي الحديث دلالة واضحة على اعتبار دلالة الحال على القصد

---

(٢٣) اغاثة اللهفان لابن القيم ج ٢ ص ٩٥ — ٩٦ •

(٢٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلانـي ج ١٣ ص ١١٤ في باب هدايا العمال • وروى هذا الحديث في باب ترك الحيل بتبديل قليل من بعض الالفاظ •

والباعث • وبيان هذا ان الاهداء بذاته جائز ، ولكن اهـداءهم اليه كان بسبب ولايته بقصد التخفيف عنهم او نفعهم ، فلولا ولايته اي وظيفة الجباية لما اهدوه ، ولما كانت الولاية حق لاهل الصدقات لامن حق المهدى اليه ، فما اخذه بسببها من الهدايا هولهم ومن حقهم سواء كان أخذه واجبا على المهدين او لم يكون واجبا (٢٥) •

ثالثا ـ لافرق في التحيل على المحرم بين الفعل الموضوع لـه وبين الفعل الموضوع الى غيره اذا جعله الانسان وسيلة للمحـرم ، فالمقصـود والمـراد اذا كـان محرمـا لـم يـكـن اختـلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق آخر • ولهذا اخبرنا الله تعالى في كتابه الكريم انه مسخ اليهود قردة لما استجابوا ماحرمه الله عليهم بفعل ظاهره حـلال ولكن المقصود منه والباعث عليه الوصول الى الحرام • وفي الحديث الشريف « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا اثمانها ، وان الله اذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » (٢٦) •

١٧ ـ مناقشة القائلين باعتبار القصود :

اولا ـ اسرف بعضهم في اعتبار القصود حتى قـال بفساد نكاح المسلم في مرض موته ذمية بحجة اتهامه الاضرار بالورثة بادخال وارث جديد عليهم وهي الذمية بأن تسلم بعد زواجها فترث • كمـا اسرف بعض آخر في اعتبار القصد فقال بفساد نكاح المريض مرض

---

(٢٥) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ١٢٨ •
(٢٦) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٤٥ وما بعدها •

الموت ؛ مع ان النكاح من الحوائج الاصلية للانسان ؛ ومن العقود اللازمة الخطيرة فلا يمكن افسادها بمجرد هذا الاحتمال •

ثانيا ـ أخذ الحنابلة بالقصد في مسألة طلاق المريض مرض الموت اذا كانت الزوجة مدخولا بها وطلقها بائنا فورثوها اذا مات قبلها في العدة او بعدها مالم تتزوج • وكان ينبغي توريثها حتى لو تزوجت لان علة توريثها هو قصد الزوج حرمانها من الميراث وهذا القصد لا يزول سواء تزوجت او لم تتزوج • وكذلك عدم توريثهم للمطلقة غير المدخول بها مع ان علة توريث المدخول بها هو دفع الضرر عنها الذي قصده زوجها بطلاقه اياها في مرض الموت ، وهذا الضرر المقصود قائم في طلاق غير المدخول بها فكان ينبغي القول بتوريثها لان العلة واحدة في الحالتين •

١٨ ـ القول الراجح :

ومن عرض اقوال الفقهاء المختلفة ، ومناقشتها يترجح عندي قول القائلين باعتبار القصود في التصرفات والعقود ؛ لان هذا القول هو المتفق مع نهج الشريعة في سد المنافذ الى المحرمات واعتبارها النيات في العبادات والمعاملات ؛ والله يقول الحق وهو اعلم بالصواب والحمد لله رب العالمين •